



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.196 - RS (2010/0055819-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : EDUARDO TERGOLINA TEIXEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO
PACIENTE : JOSOÉ VALDEMIR DA SILVA MADEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AÇÕES PENAIS SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA COMO PERSONALIDADE DESAJUSTADA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste STJ.

2. Verificada a inadequação da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e reconhecida a favorabilidade de todas elas, de rigor a fixação da pena-base no mínimo legalmente previsto.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE. PENA FIXADA EM 1 ANO DE RECLUSÃO. ART. 44, § 2º, DO CP. ORDEM CONCEDIDA.

1. Verificada a inadequação da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e considerando o *quantum* de pena definitivamente irrogado ao paciente - 1 (um) ano de reclusão -, necessário que a substituição da pena privativa de liberdade seja por apenas 1 (uma) reprimenda alternativa, nos termos do art. 44, § 2º, do CP.

2. *Habeas corpus* concedido a fim de reduzir a pena do paciente para o mínimo legalmente previsto, tornando a sua reprimenda definitiva em 1 (um) ano de reclusão, substituindo-se a sanção reclusiva por apenas 1 (uma) restritiva de direito, na modalidade de prestação de serviços à comunidade, nos termos em que fixada pela sentença condenatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2011. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.196 - RS (2010/0055819-6)

IMPETRANTE : EDUARDO TERGOLINA TEIXEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO
PACIENTE : JOSOÉ VALDEMIR DA SILVA MADEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de JOSOÉ VALDEMIR DA SILVA MADEIRA, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, ao julgar a Apelação Criminal n.º 2006.71.05.007161-6/RS, interposta pelo *Parquet* Federal, deu-lhe provimento para aumentar a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em **1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão**, substituindo-se a sanção reclusiva por (duas) duas restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 334, § 1º, c, do CP.

O impetrante alega constrangimento ilegal, ao argumento de que a pena-base do paciente teria sido exasperada em razão da sua personalidade, negativamente valorada em razão de ações penais em andamento, o que entende ser indevido, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

Requer a concessão da ordem, a fim de que a reprimenda-base do paciente seja fixada no mínimo legalmente previsto, substituindo-se a sanção reclusiva por apenas 1 (uma) restritiva de direitos, na modalidade de prestação de serviços à comunidade.

Em despacho de fl. e-STJ 15, foram solicitadas informações à autoridade impetrada, as quais sobrevieram aos autos às fls. e-STJ 20-28.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. e-STJ 32-33, manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.196 - RS (2010/0055819-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre esclarecer que, no que pertine à alegada ilegalidade na aplicação da pena, *"este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual é viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, quando evidenciado, sem a necessidade de exame de provas, eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, resultando daí flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu"*, sendo inclusive orientação pacificada que *"a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu"* (HC n.º 77.964/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 21-2-2008).

Vale dizer, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

No caso em questão, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime inicial aberto, substituída a sanção reclusiva por apenas 1 (uma) restritiva de direitos, na modalidade de prestação de serviços à comunidade, pela prática do delito insculpido no art. 334, § 1º, alínea c, do CP, tendo em vista que *"recebeu/adquiriu e transportou produtos de procedência estrangeira, irregularmente introduzidos em solo pátrio, destinados, manifestamente, ao exercício de atividade comercial [...]"* (16.580 maços de cigarros de origem paraguaia" (e-STJ fl. 8).

Irresignado, o *Parquet* Federal interpôs apelação perante o Tribunal de origem, tendo sido dado provimento ao recurso a fim de, valorando negativamente a personalidade do acusado, aumentar a pena-base, tornando a sua reprimenda definitiva em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, bem como determinar que a substituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena reclusiva fosse por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 2 (dois) salários mínimos.

Para melhor análise da questão *sub examine*, cumpre destacar o trecho do acórdão objurgado em que a Corte de origem exasperou a pena-base do paciente, *verbis*:

[...] a personalidade está ligada às qualidades morais do criminoso, à boa ou má índole, à agressividade e ao antagonismo com a ordem social intrínseco a seu temperamento.

[...]

Na espécie, a personalidade de Josoé é voltada à prática criminosa, pois responde a outras ações penais (certidões de fls. 121/122 e 163), cabendo valorar negativamente a vetorial.

Dessa forma, reconheço como desfavorável o réu a personalidade, razão pela qual majoro a reprimenda inicial em 2 (dois) meses, ficando definitivamente arbitrada em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, à míngua de outras causas de aumento ou diminuição de pena." (e-STJ fls. 9-10)

Insta destacar que, no que concerne à aplicação da pena-base, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade. Entretanto, não se trata de discricionariedade livre, e sim, vinculada, devendo guiar-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, fixando a reprimenda básica conforme seja suficiente para a reprovação e prevenção do delito denunciado.

No caso, da leitura do trecho impugnado do acórdão impugnado, verifica-se que a Corte de origem, analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, considerou desfavoráveis ao paciente tão somente a personalidade do agente, a qual entendeu como *"voltada à prática criminosa, pois responde a outras ações penais (certidões de fls. 121/122 e 163)." (e-STJ fl. 10)*

De acordo com precedente desta Quinta Turma, *"a personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito" (HC n.º 50.331/PB, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17-5-2007, DJ 6-8-2007).

E, consoante CÉZAR ROBERTO BITTENCOURT: *"Personalidade - deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na análise da personalidade, deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu"* (Código Penal Comentado, 2ª ed., pág. 212).

Na hipótese que se apresenta, verifica-se que, embora o impetrante não tenha trazido à colação cópia da folha de antecedentes penais do paciente, infere-se que o que motivou a instância de origem a exasperar a sua sanção-base foi a existência de processos penais em andamento - verificada da expressão **"responde a outras ações penais"** -, entendimento que não encontra amparo na pacífica jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Colendo STF, segundo a qual inquéritos policiais ou ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRIMARIEDADE RECONHECIDA. CONDENAÇÃO NÃO-TRANSITADA EM JULGADO. ÓBICE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. "Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo" (HC 100.848/MS).

(...)

3. Ordem concedida para determinar a remessa dos autos ao Juízo da Execução, o qual deverá aplicar a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração de 1/3 (um terço), observado o limite mínimo da pena em 1 ano e 8 meses de reclusão." (HC n.º 134.704/SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15-9-2009, DJe 19-10-2009)

Aliás, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula n.º 444 deste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior Tribunal de Justiça, recentemente aprovada, que dita que: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."*

Dessa forma, justamente porque verificado que o *decisum* objurgado carece de motivação apta a justificar a fixação da pena-base no patamar aplicado, e tendo sido reconhecida a inexistência de qualquer circunstância judicial desfavorável, merece ser reformado nesse ponto, aplicando-se a sanção-base do paciente no mínimo legalmente previsto, qual seja, em 1 (um) ano de reclusão, que, nestes moldes, resta definitiva, ante a ausência de quaisquer causas outras modificativas da reprimenda que lhe foi imposta.

No que tange à pretendida substituição da sanção reclusiva por apenas 1 (uma) restritiva de direitos, o Tribunal de origem entendeu que, na espécie, a permuta deveria ocorrer por 2 (duas) penas alternativas, pelos fundamentos a seguir expostos:

"Por força do acréscimo determinado na sanção carcerária, a substituição deve-se dar por duas penas restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 2 salários mínimos, respeitada a capacidade econômica do acusado). A propósito, as penas restritivas de direitos que melhor atingem a finalidade da persecução criminal são, realmente, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e a prestação pecuniária. A primeira, porque exige do condenado um esforço no sentido de contribuir com o interesse pública. A segunda, porque, ao contrário da multa, que reverte sempre ao Estado, converte-se em prol da vítima, seus dependentes ou entidade pública ou privada com destinação social." (e-STJ fl. 10)

Nesse ponto, importante destacar que, embora a Corte de origem tenha justificado concreta e adequadamente a necessidade de a substituição da sanção reclusiva operar-se por 2 (duas) restritivas de direitos, verifica-se que, ante a inadequação da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e considerando o *quantum* de pena definitivamente irrogado ao paciente - 1 (um) ano de reclusão -, merece ser reformado o acórdão objurgado também nesse ponto, a fim de determinar que a substituição da pena privativa de liberdade seja por apenas 1 (uma) reprimenda alternativa, nos termos do art. 44, § 2º, do CP, que assim dispõe:

*"Art. 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
[...]"*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos." (Grifos nossos)

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

"[...]

4. Restando preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal e em se tratando de condenação igual a 1 (um) ano, fica a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, nos termos do § 2º (primeira parte), do referido dispositivo.

5. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão ora hostilizado para reduzir a pena do Paciente para 1 (um) ano de reclusão, além do pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso mínimo legal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser designada pelo Juízo das Execuções Criminais, pelo prazo da nova pena privativa fixada." (HC n.º 104.686/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26-5-2009, DJe 15-6-2009)

Ante o exposto, concede-se a ordem a fim de reduzir a pena do paciente para o mínimo legalmente previsto, tornando a sua reprimenda definitiva em 1 (um) ano de reclusão, substituindo-se a sanção reclusiva por apenas 1 (uma) restritiva de direitos, na modalidade de prestação de serviços à comunidade, nos termos em que fixada pela sentença condenatória.

É voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0055819-6

HC 167.196 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200671050071616

EM MESA

JULGADO: 17/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDUARDO TERGOLINA TEIXEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO

PACIENTE : JOSOÉ VALDEMIR DA SILVA MADEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra as Telecomunicações

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.